

## Insentiver til å snakke

Kan bestemmelsene i straffeloven § 59 andre ledd, straffeprosessloven § 93 andre ledd og § 446 første ledd bokstav a disponere for brudd på forpliktelsene etter konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 14 nr. 3 bokstav g og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon art. 6 nr. 1 og ordlyden "fair [...] hearing"?

Kandidatnummer: 560

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 14000



## **Innholdsfortegnelse**

<b>1 INNLEDNING.....</b>	<b>3</b>
1.1 Problemstilling.....	3
1.2 Begrepsavklaring .....	6
1.3 Rettskilder og metode .....	7
1.4 Den videre fremstilling .....	7
<b>2 HISTORISK BAKGRUNN.....</b>	<b>8</b>
<b>3 RETTEN TIL Å FORHOLDE SEG TAUS – LOVBESTEMTE RETTIGHETER</b>	
.....	<b>11</b>
3.1 Grunnloven § 96 annet punktum.....	11
3.2 Straffeprosessloven §§ 90 og 232.....	13
3.3 EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g.....	14
<b>4 STRAFFEPROSESSLOVEN KAPITTEL 31.....</b>	<b>17</b>
4.1 Hovedregelen om siktedes rett til erstatning for urettmessig strafforfølgelse etter straffeprosessloven §§ 444 og 445 .....	17
4.2 Unntaket i straffeprosessloven § 446.....	18
4.3 Kan unntaket i straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g?.....	19
4.3.1 Forarbeidene .....	19
4.3.2 Teori.....	20
4.3.3 Praksis fra EMD og Høyesterett .....	21
4.3.4 Oppsummering og konklusjon.....	22
<b>5 STRAFFEPROSESSLOVEN § 93 ANDRE LEDD .....</b>	<b>25</b>
5.1 Det rettslige utgangspunktet for å ta siktedes taushet i betraktning i bevisvurderingen .....	25

5.2	Kan straffeprosessloven § 93 andre ledd disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g? .....	26
5.2.1	Praksis fra EMD .....	26
5.2.2	Praksis fra FNs menneskerettskomité.....	31
5.2.3	Oppsummering og konklusjon.....	32
<b>6</b>	<b>STRAFFELOVEN § 59 ANNET LEDD.....</b>	<b>33</b>
6.1	Kan straffeprosessloven § 59 annet ledd disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g? .....	34
6.1.1	Den europeiske menneskerettighetskomisjon og SP.....	34
6.1.2	Oppsummering og konklusjon.....	35
<b>7</b>	<b>YTTERLIGERE INSENTIVER TIL IKKE Å FORHOLDE SEG TAUS .....</b>	<b>37</b>
7.1	Reglene om varetektsfengsling .....	37
7.2	Reglene om dokumentinnsyn.....	41
<b>8</b>	<b>OPPSUMMERING OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>43</b>
<b>9</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>45</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

Problemstillingen for denne avhandlingen er om bestemmelsene i straffeloven § 59 andre ledd, straffeprosessloven § 93 andre ledd og § 446 første ledd bokstav a kan disponere for brudd på forpliktelsene etter konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 3 bokstav g og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 6 nr.1 og ordlyden "fair [...] hearing".

Sentralt i norsk straffeprosess står den materielle sannhets prinsipp, hvoretter et viktig formål med prosessen er å føre frem til materielt riktige avgjørelser. Særlig viktig er det å hindre uriktige domfellelser, og siktedes forklaring er ofte avgjørende i så måte. Prinsippet er lovfestet i straffeprosessloven § 294 som gir retten ansvar for sakens fulle opplysning.

Et unntak fra dette prinsippet er retten siktede har til å forholde seg taus. Denne retten til å nekte å forklare seg er grunnleggende i straffeprosessen. Hensynet bak regelen er at siktede skal slippe å velge mellom å lyve eller å tilstå en forbrytelse (inkriminere seg selv).

Det fremgår av straffeprosessloven §§ 90 og 232 at siktede skal opplyses om at han verken for retten eller politiet har plikt til å forklare seg. Disse to bestemmelsene gir ikke opphav til en prosessuell rettighet, men Høyesterett har i Rt. 1999 s. 1269 uttalt at "det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffelse". Videre fremgår retten til å forholde seg taus av Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene (EMK) art. 6 nr. 1, og De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 16 desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 3 bokstav g. Begge bestemmelser er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2, og har rang foran norsk lovgivning ved eventuell motstrid, jf. menneskerettsloven § 3.

Straffeprosessloven og straffeloven inneholder samtidig bestemmelser som gir siktede et insentiv til ikke å benytte seg av retten til å være taus. Det fremgår av straffeprosessloven § 93 andre ledd at rettens leder skal gjøre siktede oppmerksom på at taushet kan tale mot ham i

bevisvurderingen, og det følger av straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a at erstatning for uberettiget straffeforfølgning skal settes ned eller falle bort dersom siktede uten rimelig grunn har valgt å benytte sin rett til ikke å forklare seg. Endelig gir straffeloven § 59 annet ledd strafferabatt for tilståelse.

Disse tre bestemmelsene kan imidlertid ikke ses isolert, da de er en del av et system som i flere ulike sammenhenger gir siktede et insentiv til ikke å benytte seg av sin rett til å forholde seg taus. Bestemmelsene om varetektsfengsling og dokumentinnsyn kan begge fungere som slike insentiver.

En varetektsfengsling på bakgrunn av bevisforspillelsesfare vil kunne foreligge helt frem til siktede har kommet med en forklaring. Da en varetektsfengsling kan oppleves som særlig belastende er dette noe siktede ikke ønsker å utsette seg for. Gjennom å bidra til sakens opplysning, især gjennom en forklaring som politiet anser som sannferdig, kan siktede bidra til å fjerne grunnlaget for varetektsfengslingen<sup>1</sup>. På bakgrunn av dette kan bestemmelsen om varetektsfengsling legge et forklaringspress på siktede.

Utgangspunktet er at siktede har rett til dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242. Dette er en viktig prosessuell rettighet som innebærer at siktede gis anledning til å forberede sitt forsvar. Retten til innsyn i sakens dokumenter gjelder ikke uten unntak, og innsyn kan nektes på bakgrunn av bevisforspillelsesfare. En slik bevisforspillelsesfare kan foreligge helt frem til siktede avgir forklaring. Bestemmelsen om dokumentinnsyn kan derfor legges et forklaringspress på siktede.

Jeg ønsker nå ved et eksempel å belyse hvordan siktede på ulike stadier av prosessen kan møte på insentiver til ikke å forholde seg taus.

A hadde lånt B sin leilighet i Oslo, mens han var utenbys. En dag stod politiet på døren, og ved politiets ransaking av leiligheten ble det funnet et stort kvantum narkotika. A ble pågrepet og siktet for overtredelse av straffeloven § 162 første og tredje ledd, jf. femte ledd. Siktede ble før avhøret gjort oppmerksom på at han hadde en rett til å forholde seg taus jf. straffeprosessloven § 232. Siktede ønsket ikke å forklare seg, da han var redd for å komme

---

<sup>1</sup> Øyen (2010) s. 211.

med opplysninger som kunne inkriminere B. Siktedes forsvarer gjorde ham oppmerksom på at taushet overfor politiet kunne tale mot ham i en bevisvurdering. Siktede som allerede følte at han var i en presset situasjon ble svært usikker på hva han skulle gjøre. Han ønsket jo bare å beskytte B, og var ikke forberedt på at påberopelse av taushetsretten kunne medføre negative konsekvenser for ham. Siktede valgte til slutt å forholde seg taus. Det tok ikke lang tid før politiet gav siktede informasjon om tilståelsesrabatt, og de oppfordret ham til å samarbeide med politiet. Han avslo tilbudet.

Siktede ønsket innsyn i sakens dokumenter slik at han eventuelt kunne avkrefte mistanken mot seg, men ble nektet dette av politiet. Begrunnelsen var at det var fare for at siktede kunne tilpasse en eventuell senere forklaring til sakens øvrige opplysninger. Forsvareren forklarte ham at påtalemyndigheten var berettiget til å nekte slik innsyn, frem til det forelå en forklaring. Siktede ble fortvilet, han hadde ikke regnet med at utøvelsen av en prosessuell rettighet ville stenge for en annen.

Etter to dager i politiarrest, ble siktede fremstilt for varetektsfengsling ved Oslo tingrett. Under fengslingsmøtet ble det stilt en rekke spørsmål, men siktede nektet å svare. Rettens leder gjorde siktede oppmerksom på at taushet kunne bli ansett for å tale mot ham jf. straffeprosessloven § 93 andre ledd. Nok en gang følte siktede at han var havnet i en situasjon som tilsa at han skulle komme med en forklaring.

Det ble besluttet å varetektsfengsle siktede i fire uker med brev- og besøkskontroll. Siktede ble opprørt, og forsvareren gjorde ham oppmerksom på at en varetektsfengsling på grunn av bevisforspillelsesfare kunne foreligge helt frem til han kom med en forklaring. Siktede holdt ikke lenger ut det aktivitetspresset han følte seg utsatt for, og ønsket å komme med en forklaring. Samtidig som siktede avga forklaring, tilstod B det straffbare forholdet. Vilkårene for varetektsfengsling var ikke lenger til stede og A ble løslatt.

A ønsket erstatning for økonomisk tap som følge av den urettmessige strafforfølgningen han var blitt utsatt for. Statens sivilrettsforvaltning avgjorde spørsmålet og kom frem til at erstatningen skulle falle bort som følge av at siktede "uten rimelig grunn"<sup>2</sup> hadde benyttet seg

---

<sup>2</sup> I boken norsk straffeprosess (2008) av Andenæs ved Myhrer s. 624-625 er det uttalt følgende: "[...] er opplysningene holdt tilbake fordi siktede ved å fri seg fra mistanken vil

av retten til ikke å forklare seg jf. straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a. Siktete forstod at han ved å forholde seg taus hadde bidratt til en mer omfattende og tidkrevende etterforskning, men dette var jo en naturlig konsekvens av taushetsretten. Han synes det var vanskelig å forstå hvordan en grunnleggende menneskerettighet og et rettsstatsprinsipp kunne medføre negative konsekvenser i form av at erstatningsbortfall.

Nå er dette eksempelet satt litt på spissen, men formålet var å illustrere hvordan det norske systemet i flere ulike sammenhenger gir siktete et insentiv til ikke å benytte seg av sin rett til å forholde seg taus.

Straffeloven § 59 andre ledd, straffeprosessloven § 93 andre ledd og 446 første ledd bokstav a, samt reglene om varetektsfengsling og dokumentinnsyn er med på å fremme den materielle sannhetsprinsipp og ivareta hensynet til økonomi og effektivitet. På den andre siden kan det spørres om slike insentiver til ikke å forholde seg taus er forenlig med vernet mot selvinkriminering etter EMK art.6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g.

## **1.2 Begrepsavklaring**

En gjennomgang av norsk juridisk litteratur gir inntrykk av at det ofte ikke skilles mellom retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse. Helhetsinntrykket er at begge rettighetene behandles samlet, under benevnelsen ”vern mot selvinkriminering”<sup>3</sup>. Uttrykket ”vernet mot selvinkriminering” er et vidt begrep og favner videre, ved at også selvinkriminering gjennom faktiske handlinger og i forbindelse med

---

bidra til at nærstående i stedet blir mistenkt, vil man nok si at det forelå rimelig grunn. Er årsaken derimot at ikke andre bekjenskaper skal oppleve ubehaget eller den sosiale belastning ved å bli forbundet med straffesaken, er det mye som taler for at slik ridderlighet, i alle fall delvis, bør utøves på egen bekostning”. I Rt. 2009 s. 1195 la førstvoterende til grunn at det ikke var avgjørende om personen var ”nærstående”. Spørsmålet måtte bero på en tolkning av uttrykket ”rimelig grunn” som åpnet for en fri, skjønnsmessig vurdering.

<sup>3</sup> Rui, Tidsskrift for Rettsvitenskap (2009) s. 49

personransaking, og legemsundersøkelse omfattes. Uttrykket ”vern mot selvinkriminering” vil bli benyttet i denne avhandlingen, men referer seg her bare til retten til å forholde seg taus.<sup>4</sup>

Straffeprosessloven skiller mellom personer som er mistenkt, siktet og tiltalt. Da retten til å forholde seg taus er den samme enten man er mistenkt, siktet eller tiltalt, vil ordet ”siktet” her brukes som en fellesbetegnelse. Likeledes vil jeg gjennom oppgaven referere til siktede som ”han”, uten at dette er ment stigmatiserende eller som en antydning om at det er flest menn som vil komme i slike situasjoner.

### **1.3 Rettskilder og metode**

Avhandlingens kildegrunnlag er straffeloven, straffeprosessloven, SP og EMK, sammenholdt med forarbeider, juridisk teori og praksis fra Høyesterett, FNs menneskerettighetskomité, Den europeiske menneskerettighetskommisjon og Den europeiske menneskerettighetsdomstol.

Avhandlingen bygger på alminnelig juridisk metode slik den fremkommer av Høyesteretts praksis. Høyesterett har i Rt. 2005 s. 833 fastslått at EMDs metode skal anvendes også ved tolkningen av EMK som norsk lov. Dette innebærer at norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. I Rt. 2008 s. 1764 la Høyesterett til grunn at en tilsvarende metodisk tilnærming også skal benyttes når SP tolkes. Høyesterett la til grunn at avgjørelser fra Menneskerettskomiteen ”ikke uten videre” kan gis samme gjennomslagskraft som avgjørelser fra EMD, men fant det ”klart at en konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde”.<sup>5</sup>

### **1.4 Den videre fremstilling**

Oppgaven består av 8 kapitler. I kapittel 2 vil jeg skissere den historiske utviklingen av siktedes rett til å forholde seg taus, før jeg i kapittel 3 går nærmere inn på de lovbestemmelsene som gir siktede en rett til å forholde seg taus. I kapittel 4 vil jeg helt kort si

---

<sup>4</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>5</sup> Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 76.



litt om siktedes rett til erstatning for strafforfølgning, for deretter å behandle spørsmålet om unntaket i straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a kan disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. I kapittel 5 og 6 behandles spørsmålet om straffeprosessloven § 93 andre ledd og straffeloven § 59 andre ledd kan disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. I kapittel 7 vil jeg gå nærmere inn på reglene om varetektsfengsling og dokumentinnsyn. I oppgavens siste del (kapittel 8) vil jeg i korte trekk foreta en oppsummering av oppgaven, samt avsluttende bemerkninger.

## 2 Historisk bakgrunn

Allerede i Talmudisk rett fra bibelsk tid i Israel var det anerkjent at siktede i straffesaker ikke kunne inkriminere seg selv. Talmudisk rett forbød tilståelser som bevis, selv om de ble avgitt frivillig. Det var ikke mulig for en person å bidra til egen domfellelse ved å tilstå.<sup>6</sup>

Under høymiddelalderen hadde det inkvisitoriske prosesssystem stor utbredelse. Inkvisisjonen innførte en prosessmåte som bygget på at man skulle finne sannheten, og tortur ble et viktig virkemiddel for å få en mistenkt til å tilstå sine forbrytelser.<sup>7</sup> Som en følge av 1700-tallets opplysningsideologi og naturrettslige tenkemåte oppstod det en sterk kritikk av slike teologisk begrunnede rettsordninger, og søkelyset ble rettet mot den inkvisitoriske prosessordning. Opplysningsfilosofene var kritiske til bruken av tortur i straffeprosessen,<sup>8</sup> og ut over på 1800-tallet vokste det frem regler som forbød tortur og andre utilbørlige midler som ble brukt for å fremtvinge en forklaring.

Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) fra 1687 bygde på en såkalt legal bevisbedømmelse, hvoretter en tilståelse utgjorde fullt bevis. Mistenkte hadde etter Norske Lov ikke en sanksjonert plikt til å avgi forklaring, men det eksisterte heller ikke et vern mot selvinkriminering. I forordning av 21. mai 1751 ble kravene til etterforskningen i mer alvorlige straffesaker skjerpet. Oppfatningen var den at mistenkte hadde plikt til å forklare seg, og i reskript av 23. oktober 1795 ble denne oppfatningen understreket ved at det ble gitt

---

<sup>6</sup> <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20360/26457.pdf?sequence=1>, se s. 12.

<sup>7</sup> Robberstad (1999) s. 142

<sup>8</sup> Rui Tidsskrift for Rettsvitenskap (2009) s. 51

sanksjoner mot de som ikke var villige til å avgi forklaring. Mistenkte som ikke var villige til å avgi forklaring ble nå satt i fengsel på vann og brød helt frem til han kom med en forklaring.<sup>9</sup>

Under grunnlovsforhandlingene på Eidsvoll i 1814 var de amerikanske grunnlovene fra blant annet Virginia, Pennsylvania og North Carolina en viktig kilde til inspirasjon. Disse inneholdt bestemmelser om menneskers grunnleggende rettigheter, og i 1791 ble det i den felles amerikanske konstitusjonen inntatt et femte grunnlovstillegg, hvor det ble slått fast at "no person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". Siktete ble etter norsk rett ikke tilkjent en tilsvarende rettighet, men det ble fastsatt i grunnlovens § 96 at "Pinligt Forhør maa ikke finde Sted".<sup>10</sup>

I rettspraksis og juridisk teori ble reskriptet fra 1795 ansett for ikke å være i strid med Grunnloven § 96, og siktete kunne fremdeles settes i fengsel på vann og brød til han kom med en forklaring. Som følge av reskriptet var en skyldig mistenkt nødt til å lyve eller tilstå for ikke å bli fengslet. En slik situasjon ønsket man å frita siktete for, og i arbeidet med en ny straffeprosesslov som startet på midten av 1840-tallet var siktetes rett til å forholde seg taus et viktig tema. Hovedspørsmålene som da kom i fokus var om siktete burde ha plikt til å forklare seg, og i hvilken grad taushet hos mistenkte kunne vektlegges i bevisvurderingen under skyldspørsmålet.

Et skritt på vei mot en straffeprosesslov var at reskriptet fra 1795 ble opphevet i 1866. Med det var mistenktes rett til å forholde seg taus formelt sett gjeninnført i straffeprosessen.<sup>11</sup> Lovarbeidene som fant sted forut for straffeprosessloven av 1887 var preget av en felles oppfatning om at det var betenkelig å ilegge mistenkte en sanksjon der han ikke ønsket å forklare seg. Bruk av rettslige sanksjoner mot forklaringsnekt ble nå sett på som lite humant, og utviklingen av et selvinkrimineringsvern vokste frem.

I straffeprosessloven av 1887 § 255 annet punktum ble det fastslått at dommeren skulle henstille til siktete om å forklare seg:

---

<sup>9</sup> Andenæs ved Myhrer (1994) s. 56

<sup>10</sup> Øyen (2010) s. 37-45

<sup>11</sup> Øyen (2010) s. 54.

*Første Gang Sigtede møder for Retten, skal han gjøres bekendt med den mod ham rettede Sigtelse. Efterat han dernæst er afhørt om Navn, Alder, Stilling, Bopæl og, forsaavidt det kan være af Betydning for Sagen, om der er overgaaet ham noen Straffedom, henstilles det til ham, om han vil afgive nogen Forklaring i Anledning af Sigtelsen. Er han villig hertil, opfordres han til i sammenhæng at afgive en sandfærdig Forklaring om Sigtelsens Gjenstand, hvorefter ogsaa særskilte Spørgsmaal kan stilles ham til Besvarelse.*

Ordlyden i straffeprosessloven av 1887 § 255 forutsatte at siktede ikke hadde plikt til å forklare seg. Spørsmålet om siktede uttrykkelig skulle informeres om retten til taushet ble aldri brakt på bane i forbindelse med lovarbeidene.<sup>12</sup>

En av grunnene som ble anført til støtte for at reskriptet fra 1795 om fengsel på vann og brød ved taushet skulle oppheves, var at taushet hos mistenkte ”lettelig vil danne et ligesaa vægtigt Indicium” mot ham.<sup>13</sup> Jurykommisjonen uttalte i 1885 at siktedes taushet heretter ”ubetinget betragtes som et Bevis mod ham”.<sup>14</sup> I straffeprosessloven av 1887 § 260 ble det derfor inntatt en bestemmelse der siktede skulle gjøres oppmerksom på at taushet kunne tale mot ham.

*Nægter Sigtede at svare, eller forklarer han sig forbeholdent, kan han af Dommeren gjøres oppmerksom paa Muligheden af, at Undladelsen af at afgive Forklaring enten i det Hele eller med Hensyn til Punkter, som maa ansees ham bekendte, kan blive opfattet som en Omstændighed, der taler mot ham.*

I straffeprosessloven av 1981 ble det heller ikke inntatt en bestemmelse som gir siktede eksplisitt rett til å forholde seg taus; også her følger vernet forutsetningsvis av lovens bestemmelser. Derimot ble det inntatt bestemmelser om at siktede uttrykkelig skal informeres om retten til å forholde seg taus, jf. straffeprosessloven §§ 90 og 232. Bestemmelsen i straffeprosessloven av 1887 § 260 ble videreført gjennom bestemmelsen i straffeprosessloven av 1981 § 93 annet ledd.

---

<sup>12</sup> Øyen (2010) s. 58

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 13 (1865) s. 23 til 24.

<sup>14</sup> Dokument nr. 1 (1885) s. 476

Etableringen og utviklingen av et moderne internasjonalt menneskerettighetsvern ble påbegynt i 1945, og det ble også på dette området ansett viktig å lovfeste et vern mot selvinkriminering jf. SP art. 14 nr. 3 bokstav g og EMK art. 6 nr. 1. Disse to konvensjonene ble ved menneskerettsloven av 1999 nr. 30 gitt anvendelse som norsk lov, og den tidligere ulovfestede regelen om selvinkrimineringsvern ble med det positivt lovfestet.

### **3 Retten til å forholde seg taus – lovbestemte rettigheter**

I dette kapittelet ønsker jeg å gi en oversikt over bestemmelsene som gir siktede en rett til å forholde seg taus. Jeg vil behandle straffeprosessloven §§ 90, 232, SP art. 14 nr. 3 bokstav g og EMK art. 6 nr. 1. Derimot vil jeg starte med en kort redegjørelse av om Grunnloven § 96 annet punktum sikrer et vern mot selvinkriminering.

#### **3.1 Grunnloven § 96 annet punktum**

I de senere år har enkelte forfattere<sup>15</sup> tatt til ordet for at Grunnloven § 96 annet punktum oppstiller et vern mot selvinkriminering. Spørsmålet i det videre er om det er grunnlag for å tolke inn et slikt vern i Grunnloven § 96 annet punktum.

Grunnloven § 96 annet punktum oppstiller et forbud mot bruk av tortur i forbindelse med avhør: ”Pinligt Forhør maa ikke finde Sted”. Bestemmelsen forbyr bruk av fysisk makt i forbindelse med avhør, og det er alminnelig enighet om at den oppstiller et forbud mot bruk av trusler og annen psykisk mishandling. Uttrykket ”Pinligt” leder tanken hen til fysiske, og eventuelt også psykisk pinsler. Rettslige sanksjoner er ment som et onde, men språklig sett er det lite naturlig å kalle dem for pinsler. Det er derfor lite naturlig å si at annet punktum

---

<sup>15</sup> Asbjørn Strandbakken mener at det er grunnlag for å tolke Grunnloven § 96 annet punktum annerledes i dag. Se Strandbakken Jussens Venner 2004 s. 208-209. Arne Fliflet synes å slutte seg til den tolkningen som Strandbakken forfekter, se Fliflet s. 397. Jon Petter Rui synes å slutte seg til Strandbakkens tolkning, se Rui Tidsskrift for Rettsvitenskap 2009 s. 47.

oppstiller et forbud mot at siktede personer ilegges en sanksjon i form av fengsel eller bot der han ikke ønsker å forklare seg.<sup>16</sup>

Under forhandlingene på Eidsvoll fremla lektor Johan Gunder Adler og sorenskriver Christian Magnus Falsen et grunnlovskast på 230 paragrafer. Forslaget i § 17 annet ledd som lød ” Ingen skal kunne tvinges til at vidne imod sig selv”<sup>17</sup> var åpenbart inspirert av det femte grunnlovstillegget i USA. Uttrykket ”tvinges til at vidne” er videre enn uttrykket ”Pinligt Forhør”. Hele forslaget ble strøket, og i ettertid er det vanskelig å fastslå med sikkerhet om dette var et bevisst valg. Flere av medlemmene i konstitusjonskomiteen var kjent med det femte grunnlovstillegget og mye tyder på at konstitusjonskomiteen etter en vurdering, kom frem til at de ikke ønsket en bestemmelse tilsvarende det femte grunnlovstillegg.<sup>18</sup>

Grunnloven § 96 annet punktum var heller ikke til hinder for at reskriptet fra 1795 stod seg. Dette trekker i retning av at § 96 annet punktum ikke opprinnelig oppstilte et forbud mot at siktede personer kunne ilegges rettslige sanksjoner ved forklaringsnekt.

Spørsmålet om Grunnloven § 96 kan tolkes annerledes i dag, beror på en vurdering av hvor dynamisk en skal tolke Grunnlovens bestemmelser til vern av individet. I hvilken grad skal en ved tolkningen av disse bestemmelsene ta hensyn til de endringer i verdioppfatning som samfunnet har gjennomgått siden 1814? Det er flere eksempler på at Høyesterett har lagt til grunn at Grunnloven skal tolkes i lys av dagens verdioppfatning, men rettspraksis synes ikke å forsvare en så dynamisk tolkning at man kan si at Grunnloven § 96 annet punktum beskytter siktede personer mot rettslige sanksjoner ved forklaringsnekt.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Øyen (2005) s. 377.

<sup>17</sup> Se Riksforsamlingens forhandlinger bind 3 s. 12.

<sup>18</sup> Øyen (2005) s. 377

<sup>19</sup> Øyen (2010) s. 376-383.

### 3.2 Straffeprosessloven §§ 90 og 232

Siktedes rett til ikke å forklare seg kommer ikke eksplisitt til uttrykk i straffeprosessloven, men Høyesterett uttalte i Rt. 1999 s. 1269 at retten til taushet er et ”grunnleggende rettsstatsprinsipp”.

Taushetsretten følger forutsetningsvis av straffeprosessloven §§ 90 og 232, som foreskriver at siktede skal opplyses om retten til taushet. Bestemmelsene skal særlig beskytte mot selvinkriminering, og for at retten til taushet skal være reell må siktede opplyses om dette.

*Første gang siktede møter for retten, skal han spørres om navn, fødselsår og -dag, stilling og bopel, og gjøres kjent med siktelsen og at han ikke har plikt til å forklare seg.*

Straffeprosessloven § 232 sier at siktede skal opplyses om retten til å forholde seg taus før det foretas avhør. Ordlyden ”avhør” kan lede tanken hen på et formalisert avhør på en politistasjon. Dette er imidlertid ikke avgjørende, da avhør også kan foretas andre steder. I vurderingen av om det foreligger et avhør, vil det vesentlige være samtalens karakter og innhold. Avgjørelsen i Rt 2003 s. 549 viser dette. To politibetjenter hadde pågrepet mistenkte på en parkeringsplass ved bopelen hans. Etter pågripelsen ble leiligheten ransaket, noe som resulterte i beslag av hasj og kontanter. Mistenkte var til stede under ransakingen, og ble gjentatte ganger spurt hvor han var kommet fra, og om han hadde vært i Bergen sentrum. Høyesterett uttalte følgende:

*Det er uomtvistet og åpenbart at samtalen under pågripelsen gikk over i et avhør. Spørsmålenes karakter, og særlig den konfrontasjon som ifølge spaningsrapporten fant sted, viser dette. Siktede skulle da ha vært gjort oppmerksom på sine rettigheter før avhøret tok til.<sup>20</sup>*

Utgangspunktet må være at politiet ikke stiller spørsmål som kan bidra til at siktede inkriminerer seg selv, uten først å ha gjort siktede kjent med retten til ikke å avgi forklaring. Dette samsvarer godt med formålet bak bestemmelsen som er å sikre at retten til taushet blir

---

<sup>20</sup> Rt. 2003 s. 549 avsnitt 16.

reell. Justisdepartementet har også uttalt at siktede skal gis informasjon om sine rettigheter på et så tidlig tidspunkt som mulig etter at han har kommet i kontakt med politiet.<sup>21</sup> Verken straffeprosessloven eller påtaleinstruksen gir nærmere regler for hvordan siktede skal opplyses om taushetsretten. Det er likevel klart at en dommer eller polititjenestemann ikke må ha en nedlatende holdning til taushet, men orienterer mistenkte på en nøytral måte.<sup>22</sup>

### 3.3 EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g

Ved inkorporeringen av EMK og SP i 1999 ble vernet lovfestet. I SP art. 14 nr. 3 bokstav g er det gitt en uttrykkelig bestemmelse om siktedes rett til å forholde seg taus, mens det i EMK art. 6 nr. 1 er tolket inn et selvinkrimineringsvern i ordlyden ”fair [...] hearing”.

SP art. 14 nr. 3 bokstav g har følgende ordlyd:

*In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:  
not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.*

Virkeområdet for vernet er angitt innledningsvis i bestemmelsen, og det fremgår av ordlyden at tre vilkår må være oppfylt. For det første gjelder vernet kun i straffesaker, jf. ordlyden ”criminal charge”. For det andre kan vernet kun påberopes i *egen* straffesak, jf. uttrykket ”against him”. Det siste vilkåret angir når vernet kan påberopes, og det er først på det tidspunkt anklagen skal avgjøres jf. ”in the determination of ...”.<sup>23</sup>

Det foreligger lite praksis som presiserer virkeområdet for og innholdet av vernet mot selvinkriminering etter art. 14 nr. 3 bokstav g. Derimot foreligger en rekke EMD-dommer i tilknytning til EMK art. 6 nr. 1. Virkeområdet for art. 6 nr. 1 er angitt på samme måte som virkeområdet for SP art. 14 nr. 3. De tre nevnte vilkårene følger med andre ord også av ordlyden i art. 6 nr. 1.

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s. 25.

<sup>22</sup> Øyen (2010) s. 196 og 201.

<sup>23</sup> Øyen (2010) s. 20.

Første gang EMD tolket et selvinkrimineringsvern inn i retten til en "fair [...] hearing" var i saken Funke mot Frankrike fra 1993.<sup>24</sup>

*The court notes that the customs secured Mr Funke's conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law [...] cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of his expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself.*<sup>25</sup>

De etterfølgende sakene om selvinkriminering som EMD fikk til behandling, går nærmere inn på vurderingen som skal legges til grunn for om det foreligger en krenkelse, samt de hensyn som er styrende for vurderingen.

I storkammersaken John Murray mot Storbritannia kom flertallet i omtalen av Funke-saken inn på det som senere har utviklet seg til å bli det overordnede vurderingstema:

*Such a degree of compulsion in that case was found by the Court to be incompatible with Article 6 (art. 6) since, in effect, it destroyed the very essence of the privilege against self - incrimination.*<sup>26</sup>

EMD har senere fastholdt at en overordnet problemstilling er hvorvidt behandlingen av siktede "in effect destroyed the very essence" i vernet mot selvinkriminering.

Hva som er det essensielle i vernet mot selvinkriminering gikk så EMD nærmere inn på i storkammersaken Saunders mot Storbritannia: "The right not to incriminate oneself in

---

<sup>24</sup> Øyen (2010) s. 21

<sup>25</sup> Funke mot Frankrike application no. 10828/84 avsnitt. 44.

<sup>26</sup> John Murray mot Storbritannia, application no. 18731/91 avsnitt 49.



primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent.”<sup>27</sup>

Synspunktet om at det essensielle i vernet mot selvinkriminering er å respektere siktedes vilje til å forholde seg taus, har senere blitt fastholdt og videreutviklet av EMD. I saken Allan mot Storbritannia<sup>28</sup> ble det ovenfor nevnte vurderingstemaet fastholdt, men det ble også gitt nærmere retningslinjer for når vernet skal anses å ha blitt krenket. EMD uttalte at hvorvidt det foreligger en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 ” depends on all the circumstances of the individual case” og i den forbindelse ble det gitt nærmere retningslinjer for vurderingen av når vernet er å anse som krenket:

*In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court will examine the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put.*

EMD gir anvisning på en konkret helhetsvurdering hvor det blant annet skal legges vekt på om siktede har blitt utsatt for tvang, om det foreligger prosessuelle garantier som ivaretar siktedes rettssikkerhet og på hvilken måte det innhentede beviset har blitt brukt.<sup>29</sup>

Tvangselementet vil være retningsgivende for hvorvidt det foreligger en krenkelse. Vekten av de øvrige opplistede momentene bør derfor avhenge av “the nature and degree of compulsion”. Dersom EMD i den konkrete sak finner at det har blitt anvendt sterkt press mot siktede, skal det nok mer til for at de øvrige momentene medfører at det likevel ikke foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.

Jeg kan ikke se at Høyesterett har gått nærmere inn på virkeområdet for selvinkrimineringsvernet, og det kan legges til grunn at norske domstoler følger den praksisen som fremgår av EMD.

---

<sup>27</sup> Saunders mot Storbritannia, application no. 19187/91 avsnitt 69.

<sup>28</sup> Allan mot Storbritannia, application no. 48539/99 avsnitt 44.

<sup>29</sup> Øyen (2010) s. 153.

Spørsmålet om selvinkrimineringsvernet beror således på en skjønnsmessig helhetsvurdering, og som Trechsel uttrykker det er selvinkrimineringsvernet “one of the most complex guarantees in the entire body of fundamental rights applicable in the context of criminal proceedings”.<sup>30</sup>

## **4 Straffeprosessloven kapittel 31**

### **4.1 Hovedregelen om siktedes rett til erstatning for urettmessig strafforfølgelse etter straffeprosessloven §§ 444 og 445**

Utgangspunktet etter straffeprosessloven kapittel 31 er at siktede har krav på erstatning for urettmessig strafforfølgning. Det fremgår av § 444 at siktede har rett til erstatning av staten for økonomisk tap som følge å ha blitt strafforfulgt uten av forfølgningen har endt med en fellede dom (første ledd bokstav a og b) eller fordi han under forfølgningen er blitt pågrepet i strid med menneskerettighetene (bokstav c).

Dersom ikke vilkårene i § 444 er oppfylt, er det i straffeprosessloven § 445 oppstilt en generell hjemmel til å tilkjenne erstatning, som innebærer en mulighet til å tilkjenne erstatning av rimelighetsgrunner:

*Selv om vilkårene for erstatning etter § 444 ikke er oppfylt, skal siktede såfremt det fremstår som rimelig tilkjennes erstatning for økonomisk tap som følge av særlig eller uforholdsmessig skade som forfølgningen har påført ham.*

Å gi den straffeforfulgte erstatning på nærmere bestemte vilkår, er med på å skape proporsjonalitet i det som ligger i anklageprinsippet: at det offentliges alvorlige inngrep mot den enkelte ved en uberettiget strafforfølgelse må ha konsekvenser. Gjennom reglene om erstatning og oppreisning i straffeprosessloven kapittel 31 anerkjenner lovgiver at det er en krenkelse å bli utsatt for uberettiget strafforfølgning. Lovgiver er gjennom erstatning villig til

---

<sup>30</sup> Trechsel (2005) s. 341.

å kompensere for den økonomiske skaden forfølgningen har medført.<sup>31</sup>

## 4.2 Unntaket i straffeprosessloven § 446

I straffeprosessloven § 446 har lovgiver oppstilt unntak fra hovedregelen om erstatning:

*Erstatningen etter §§ 444 til 445 skal settes ned eller falle bort dersom siktede uten rimelig grunn*

- a) har benyttet sin rett til å nekte å forklare seg eller har motvirket opplysning av saken*
- b) har gitt foranledning til etterforskningstiltak eller den fellende dommen, eller*
- c) har latt være etter evne å begrense skaden av forfølgningen eller dommen.*

Det fremgår av unntaket i § 446 at erstatningen "skal" settes ned eller falle bort dersom den siktede ved eget forhold uten "rimelig grunn" har foranlediget strafforfølgningen eller den fellende dommen, eller latt være etter evne å begrense skaden av den.<sup>32</sup>

Ordlyden "rimelig grunn" innebærer at handlinger av unnskyldelig eller dagligdags karakter ikke gir grunnlag for å redusere erstatningen. Reduksjon er ikke aktuelt dersom den siktedes adferd skyldes unnskyldelige misforståelser, forvirring, frykt eller lignende. Det følger av rettspraksis at vurderingen av om det foreligger "rimelig grunn" skal basere seg på en konkret vurdering.<sup>33</sup>

Forarbeidenes begrunnelse for bestemmelsen er at det synes å være naturlig at erstatningen settes ned eller faller bort dersom siktede uten rimelig grunn har opptrådt på en måte som tilsier at han er den nærmeste til å bære kostnadene som de aktuelle etterforskningsskrittene har påført ham.<sup>34</sup> På bakgrunn av dette kan en si at straffeprosessloven § 446 første ledd fremstår som et utslag av en ordinær erstatningsrettslig tankegang om risikoplassering. I et

---

<sup>31</sup> Uggerud (1998) s. 409

<sup>32</sup> Bjerke, Keiserud og Sæther (2011) s. 1459

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 82, Bjerke, Keiserud, Sæther (2011) s. 1460, Rt. 2009 s. 1195

<sup>34</sup> Ot. Prp. Nr. 77 (2001-2002) s. 37

slikt perspektiv er det vanlig at skadelidtes, her siktedes, handlemåte inngår som et sentralt element. Slik sett er § 446 første ledd nært beslektet med skadeserstatningsloven § 5-1, og kan nærmest ses på som en presisering av § 5-1 på dette spesielle rettsområdet.<sup>35</sup>

Etter bestemmelsens første ledd bokstav a settes erstatningen ned eller faller bort dersom siktede uten rimelig grunn har benyttet sin rett til å nekte å forklare seg. Det knyttes her negative virkninger til utøvelsen av en menneskerettighet, og spørsmålet reiser seg derfor om straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a innebærer et brudd på retten til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g.

#### **4.3 Kan unntaket i straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g?**

Det er få rettskilder som behandler dette spørsmålet. Etter hva jeg kan se har ikke Høyesterett eller EMD drøftet spørsmålet om motstrid mellom § 446 første ledd bokstav a og EMK/SP. Forarbeidene og enkelte juridiske forfattere har gått nærmere inn på denne problemstillingen.

##### **4.3.1 Forarbeidene**

I ot.prp. nr. 77 (2001-2002) la departementet til grunn at § 446 første ledd bokstav a er forenlig med siktedes rett til å forholde seg taus etter EMK og SP. Forarbeidenes begrunnelse for dette var at det allerede eksisterte en bestemmelse i straffeprosessloven § 93 andre ledd som åpnet opp for at siktedes taushet kan bli brukt mot ham:

*En siktet har ingen plikt til å forklare seg, jf. straffeprosessloven § 90 og selvinkrimineringsforbudet som er uttrykkelig nedfelt i SP artikkel 14 bokstav g og innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1. Fritakelsen fra forklaringsplikten er imidlertid ikke regnet som noe hinder for at nektelse av å gi forklaring etter omstendighetene kan bedømmes som et forsettlig forhold som går inn under § 444 annet ledd. At en nektelse av å forklare seg kan bli brukt mot siktede følger av straffeprosessloven § 93.<sup>36</sup>*

---

<sup>35</sup> Øyen (2010) s. 185.

<sup>36</sup> Ot. Prp. Nr. 77 (2001-2002) s. 18.

Videre drøftet departementet om erstatningen bør settes ned eller falle bort som følge av at siktede har benyttet seg av retten til ikke å forklare seg. I denne drøftelsen la departementet avgjørende vekt på at det er i samfunnets interesse at flest mulig kriminalsaker oppklares. I etterforskningen av en kriminalsak er siktedes forklaring ofte avgjørende og det er derfor uheldig at stadig flere siktede nekter å forklare seg.<sup>37</sup> På bakgrunn av dette kom departementet frem til at erstatningen kan settes ned eller falle bort som følge av at siktede uten rimelig grunn har forholdt seg taus.

I justiskomiteen var det dissens om rettmessigheten av bestemmelsen. Et mindretall gikk imot en slik bestemmelse, fordi den på en betenkelig måte ville svekke mistenktes rett til å forholde seg taus. Mindretallet mente at ” retten til å nekte å avgi forklaring kan raskt bli svekket om dette i seg selv skal danne grunnlag for bortfall av erstatningen”.<sup>38</sup>

#### 4.3.2 Teori

Ørnulf Øyen har i *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* drøftet spørsmålet om § 446 første ledd bokstav a er uforenlig med vernet mot selvinkriminering etter EMK og SP. Øyen er uenig med mindretallet i justiskomiteen om at § 446 første ledd bokstav a kan svekke siktedes rett til å forholde seg taus. Øyen mener at dersom straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a skal være betenkelig i et selvinkrimineringsperspektiv hviler dette på to forutsetninger: For det første må mistenkte, før han treffer sitt valg om han skal forholde seg taus eller ikke, ha kunnskap om bestemmelsen. For det andre må risikoen for nedsatt erstatning i tilfelle frifinnelse eller henleggelse fremstå som såpass viktig og lite hypotetisk at risikoen vektlegges når valget mellom aktivitet og passivitet tas.

Øyen mener det er sjeldent at disse to forutsetningene vil være oppfylt. Dersom de skulle være oppfylt, mener han at det er ytterst sjeldent at eksistensen av § 446 første ledd bokstav a vil legge et betenkelig aktivitetspress på siktede. Øyen konkluderer derfor med at bestemmelsen på bakgrunn av dette ikke kan sies å være betenkelig i et

---

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001 – 2002) s. 44

<sup>38</sup> Innst. O. Nr. 21 (2002 -2003) s. 6.

selvinkrimineringsperspektiv.<sup>39</sup>

I teorien knyttes det få kommentarer til forholdet mellom straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a og menneskerettighetene. Garde og Strandbakken har i artikkelen *Betydningen av siktedes taushet i anledning erstatning for strafforfølgning* ikke direkte uttalt seg om forholdet til EMK og SP, men er av den oppfatning at så lenge man kan legge vekt på siktedes taushet ved skyldspørsmålet må man også kunne legge vekt på det ved erstatningsspørsmålet.<sup>40</sup> Andenæs/Myhrer behandler ulike situasjoner hvor erstatningen kan settes ned eller falle bort som følge av at siktede har forholdt seg taus, men går ikke inn på menneskerettighetsspørsmålet. Jebens mener derimot at det på bakgrunn av at siktede har et konvensjonsbeskyttet vern mot selvinkriminering, vil være vanskelige å se i hvilke tilfeller straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a kan gi grunnlag for å redusere eller nekte erstatning.<sup>41</sup>

#### 4.3.3 Praksis fra EMD og Høyesterett

Høyesterett har ikke behandlet problemstillingen om motstrid mellom § 446 og EMK/SP. I Rt 2009 s. 1195 gikk Høyesterett nærmere inn på spørsmålet om oppreisningen måtte falle bort eller settes ned som følge av at tiltalte ikke avga forklaring før under hovedforhandling i tingretten, jf. bokstav a. Menneskerettighetsspørsmålet ble ikke nærmere vurdert.

Heller ikke EMD har tatt stilling til om det vil være i strid med selvinkrimineringsvernet dersom erstatningen for uberettiget forfølgning settes ned eller faller bort som følge av at siktede har forholdt seg taus. I saken *Fashanu mot Storbritannia*<sup>42</sup> behandlet menneskerettighetskommisjonen en sak om tap på erstatning for saksomkostninger.

I denne saken var klageren blitt frifunnet for beskyldninger om korrupsjon. Til tross for dette

---

<sup>39</sup> Øyen (2010) s. 186.

<sup>40</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 100.

<sup>41</sup> Jebens (2004) s. 294.

<sup>42</sup> *Fashanu mot Storbritannia* application no. 38440/97.

ble han nektet erstatning for saksomkostninger. Engelsk rett åpnet for å tilkjenne erstatning, men oppstilte blant annet unntak hvor den frifunnedes egen opptreden hadde styrket mistanken mot ham jf. Prosecution of Offences Act 1985 section 16 (2). Nektingen av erstatning var begrunnet med at klageren hadde nektet å forklare seg om pengeoverføringer til tre bankkonti som han disponerte. Kommisjonen avviste klagen, og fremholdt blant annet:

*The Commission does not accept that the applicant was penalised for exercising his right to silence: in the absence of a right to reimbursement of costs on acquittal, the fact that a person has to bear his or her own costs on acquittal cannot be equated to a penalty. Rather, it is an inevitable consequence of the bringing of the proceedings.*

Det er forskjell på erstatning for saksomkostninger og erstatning for uberettiget strafforfølgning. Som Kommisjonen uttaler kan ikke tap av saksomkostninger anses som en straff, da det heller er en naturlig konsekvens av å bringe saken inn for domstolen. Erstatning for uberettiget strafforfølgning, derimot, er en kompensasjon fra statens side for den urettmessige forfølgningen som siktede har blitt utsatt for. Det kan derfor virke som et større inngrep at erstatningen for urettmessig forfølgning faller bort enn an erstatningen for saksomkostninger gjør det. Selv om Kommisjonen her har akseptert at erstatning for saksomkostninger kan falle bort fordi siktede har benyttet seg av retten til ikke å forklare seg, kan det ikke legges til grunn at utfallet ville ha blitt det samme dersom saken gjaldt erstatning på grunn av uberettiget strafforfølgning.

#### 4.3.4 Oppsummering og konklusjon

Det følger av straffeprosessloven § 93 andre ledd at taushet kan tale mot siktede i bevisvurderingen. For siktede er det et større inngrep å bli kjent skyldig i en straffesak enn at erstatningen settes ned eller faller bort. Dersom en siktet kan bli kjent skyldig på bakgrunn av sin taushet, er det etter mitt syn også naturlig at taushet kan vektlegges i erstatningssaken.

Departementets begrunnelse for at § 446 første ledd bokstav a ikke var i strid med EMK og SP var at det i § 93 andre ledd allerede eksisterte en bestemmelse som åpnet opp for at taushet kunne tale mot siktede, se punkt 4.3.1. Som jeg vil gå nærmere inn på i kapittel 5 har EMD oppstilt ulike retningslinjer som norske domstoler må legge til grunn ved anvendelsen av § 93

andre ledd. Disse retningslinjene innebærer at norske domstoler ikke uten videre kan legge vekt på siktedes taushet ved avgjørelsen av skyldspørsmålet. Ved at EMD har oppstilt begrensninger for å ta siktedes taushet i betraktning etter § 93 andre ledd, vil det ikke være like naturlig å trekke slike slutninger som departementet har gjort.

I vurderingen av om erstatningen bør kunne settes ned som følge av at siktede har forholdt seg taus, la departementet avgjørende vekt på at det er i samfunnets interesse at kriminalsaker oppklares, se punkt 4.3.1. Det er selvfølgelig viktig at kriminalsaker oppklares, men hensynet til oppklaringen av kriminalsaker må veies mot siktedes rett til å forholde seg taus. Etter mitt syn gir forarbeidene her et inntrykk av at departementet synes det er viktigere å oppklare kriminalsaker, enn å respektere en grunnleggende menneskerettighet.

Som nevnt ovenfor under kapittel 3.3 skal man i krenkelsesvurderingen foreta en helhetsvurdering, der det blant annet skal legges vekt på "the nature and degree of compulsion". Spørsmålet er om straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a medfører et så sterkt forklaringspress at siktedes valgfrihet blir undergravd.

Som den store hovedregel vil Øyens forutsetninger i punkt 4.3.2 ikke være oppfylt, og § 446 første ledd bokstav a vil derfor ikke legge et forklaringspress på siktede. Det kan derimot forekomme tilfeller hvor disse forutsetningene er oppfylt, og spørsmålet blir da om bestemmelsen kan legge et betenkelig forklaringspress på siktede.

Etter mitt syn vil risikoen for redusert eller tapt erstatning bidra til at siktede ønsker å forklare seg. Dersom en uskyldig siktet velger å forholde seg taus for å beskytte en bekjent, vil han nok føle et press til å avgi en forklaring om forsvareren gjør ham oppmerksom på at erstatningen kan falle bort. I slike situasjoner vil forklaringspresset være så stort at siktedes valgfrihet blir undergravd, og jeg er enig med mindretallet i justiskomiteen om at *"retten til å nekte å avgi forklaring raskt kan bli svekket om dette i seg selv skal danne grunnlag for bortfall av erstatningen"*. Etter mitt skjønn vil dette være i strid med EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g.

Men straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a er ikke bare betenkelig i et selvinkrimineringsperspektiv fordi den kan legge et aktivitetspress på siktede. Mitt syn er at bestemmelsen også vil være betenkelig i et selvinkrimineringsperspektiv ved at den knytter



negative konsekvenser til utøvelsen av en grunnleggende menneskerettighet. Det er vanskelig å se fornuften i at siktede på den ene siden har en rett til å forholde seg taus, mens han på den andre siden kan bli ilagt en sanksjon for å ha påberopt seg denne retten. For siktede vil det nok være vanskelig å forstå at erstatningen blir fratatt han, men den begrunnelse at han har valgt å påberope seg en grunnleggende menneskerettighet.

Straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a kan også medføre bevisproblemer for den siktede. Mindretallet i justiskomiteen mente at det kan sette siktede i en like vanskelig situasjon som ved å avgi den opprinnelige forklaringen; det er vanskelig å forstå hvordan siktede kan bevise at det foreligger ”rimelig grunn” uten å måtte gi en nærmere forklaring for sin taushet.<sup>43</sup>

Et annet moment som taler for at § 446 første ledd bokstav a ikke er forenlig med siktedes rett til å forholde seg taus etter EMK og SP, er at § 446 første ledd bokstav a oppstiller et vilkår om ”rimelig grunn”. Erstatningen etter § 446 første ledd bokstav a settes ned eller faller bort i de tilfeller hvor siktede uten ”rimelig grunn” har benyttet sin rett til ikke å forholde seg taus. Dette stemmer dårlig med utgangspunktet i EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g som gir *alle* siktede personer en rett til å forholde seg taus, uavhengig av om det foreligger rimelig grunn eller ikke.

De ovenfor nevnte rettskildene gir ikke noe klart svar på om straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a kan disponere for brudd på retten til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr.3 bokstav g. Det kan virke som om den dominerende oppfatningen i teorien er at straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a ikke er i strid med EMK og SP, men det er også her delte meninger.

Jeg har på bakgrunn av drøftelsen ovenfor kommet frem til at straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a kan disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Ved at erstatningen settes ned eller faller bort kan det virke som om siktede blir straffet for utøvelsen av en prosessuell rettighet som han er tilkjent i medhold av menneskerettighetene. Jeg er enig med mindretallet i justiskomiteen om at det er tilstrekkelig at straffeloven § 446 benevner det å motvirke opplysning av saken. Det er noe ganske annet å aktivt motvirke

---

<sup>43</sup> Innst. O. Nr. 21 (2002 -2003) s. 6

sakens opplysning enn passivt å nekte å forklare seg-<sup>44</sup>

## 5 Straffeprosessloven § 93 andre ledd

### 5.1 Det rettslige utgangspunktet for å ta siktedes taushet i betraktning i bevisvurderingen

Norsk straffeprosess bygger på to ulovfestede, grunnleggende bevisrettslige prinsipper: fri bevisføring og fri bevisvurdering. En fri bevisføring innebærer at partene har rett til å føre de bevis de ønsker, mens en fri bevisvurdering innebærer at retten fritt kan vurdere hvilke bevis som er relevante og hvilken beviskraft beviset skal ha. En fri bevisføring tilsier at bevis for taushet kan føres, mens en fri bevisvurdering innebærer at retten står fritt til å vektlegge taushet i bevisvurderingen.<sup>45</sup>

Straffeprosessloven § 93 andre ledd lyder:

*Nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett for å tale mot ham.*

Denne bestemmelsen bygger på en forutsetning om at mistenktes taushet i retten kan tas i betraktning i bevisvurderingen. Dette har også blitt lagt til grunn av Høyesterett i Rt 1993 s 202:

*En siktet har verken plikt til å forklare seg eller til å gi en sannferdig forklaring. Det er likevel klart at nektelse av å gi forklaring vil kunne være et bevismoment mot siktede, jf. forutsetningen i straffeprosessloven § 93 annet ledd.*

Et spørsmål er om taushet overfor politiet også kan tas i betraktning i bevisvurderingen. I straffeprosessloven § 232 annet ledd annet punktum henvises det til reglene for rettslig avhør i

---

<sup>44</sup> Innst.O. nr. 21 (2002-2003)

<sup>45</sup> Øyen (2010) s. 280-281.

straffeprosessloven § 92, men ikke til straffeprosessloven § 93 andre ledd. Øyen uttaler at ”den manglende henvisningen til § 93 annet ledd kan tilsi at mistenktes taushet overfor politiet ikke er et like sentralt bevis som hans taushet i retten, men tilsier neppe at taushet overfor politiet overhodet ikke kan tas i betraktning i bevisvurderingen.”<sup>46</sup> Under forberedelsen av loven ble ikke spørsmålet drøftet, og Høyesterett synes ikke å ha behandlet problemstillingen.

Straffeprosessloven § 93 andre ledd innebærer at siktedes utøvelse av en prosessuell rettighet vil bli brukt mot ham. Bestemmelsen kan derfor virke som et insentiv til ikke å forholde seg taus, da den knytter negative konsekvenser til siktedes rett til ikke å forklare seg. Problemstillingen som oppstår i det videre er om siktedes rett til å forholde seg taus etter SP art. 14 nr. 3 bokstav g og EMK art. 6 nr. 1 setter skranker for adgangen til å ta siktedes taushet i betraktning i bevisvurderingen.

## **5.2 Kan straffeprosessloven § 93 andre ledd disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g?**

EMD har i flere saker tatt stilling til spørsmålet om det er forenlig med EMK art. 6 nr. 1 at det kan legges vekt på siktedes taushet i bevisvurderingen. Det foreligger ingen praksis rundt SP art. 14 nr. 3 bokstav g på dette området, men menneskerettighetskomiteen har i en rapport vært kritiske til reglene om at det kan trekkes bevismessige slutninger fra siktedes taushet. Jeg kan ikke se at Høyesterett har tatt stilling til dette spørsmålet.

### **5.2.1 Praksis fra EMD**

EMD ble i 1996 i storkammersaken John Murray mot Storbritannia<sup>47</sup> for første gang forelagt problemstillingen om siktedes taushet kunne vektlegges i en bevisvurdering.

John Murray ble pågrepet, mistenkt for brudd på terrorlovgivningen i Nord-Irland. Politiet forsøkte en rekke ganger å avhøre Murray, men han var ikke ved noen anledning villig til å

---

<sup>46</sup> Øyen (2010) s. 283

<sup>47</sup> John Murray v United Kingdom 1996, application no. 18731/91.

forklare seg. Murray ble senere tiltalt og domfelt for drap og ulovlig frihetsberøvelse. Murray påberopte seg retten til å forholde seg taus også under hovedforhandlingen. Murrays taushet inngikk som en del av bevisgrunnlaget for domfellelsen, og det oppstod spørsmål om dette var i strid med vernet mot selvinkriminering.<sup>48</sup>

Flertallet la til grunn at vernet mot selvinkriminering ikke oppstilte et alminnelig forbud mot at siktedes taushet vektlegges i bevisvurderingen, og uttalte blant annet:

*It cannot be said therefore that an accused's decision to remain silent throughout criminal proceedings should necessarily have no implications when the trial court seeks to evaluate the evidence against him. In particular, as the Government have pointed out, established international standards in this arena, while providing for the right to silence and the privilege against self-incrimination, are silent on this point. Whether the drawing of adverse inference from an accused's silence infringes Article 6 (art. 6) is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having particular regard to the situations where inference may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation.*<sup>49</sup>

Mindretallet var av en annen oppfatning, og mente det ville være i strid med retten til å forholde seg taus etter SP art. 14 nr. 3 bokstav g og EMK art. 6 nr. 1 å legge vekt på siktedes taushet i en bevisvurdering. Kjernen i mindretallets begrunnelse var at en slik vektlegging innebar at siktede ble straffet for utøvelsen av en prosessuell rettighet som han var tilkjent i medhold av konvensjonen:

*To permit such a procedure is to permit a penalty to be imposed by a criminal court on an accused because he relies upon a procedural right guaranteed by the Convention.*

---

<sup>48</sup> Øyen (2010) s. 285.

<sup>49</sup> John Murray v United Kingdom 1996, application no. 18731/91 avsnitt 47

Mindretallet viste til amerikansk høyesteretts avgjørelse i Griffin mot California<sup>50</sup> hvor det ble lagt til grunn at vernet mot selvinkriminering i det femte grunnlovstillegget er til hinder for at fullstendig taushet hos siktede under hovedforhandlingen kan vektlegges i bevisvurderingen. Til støtte for sitt standpunkt fremhevet flertallet særlig følgende synspunkt om realiteten i bevismessige slutninger fra fullstendig taushet:

*It is a penalty imposed by courts for exercising a constitutional privilege. It cuts down on the privilege by making its assertion costly.*<sup>51</sup>

Spørsmålet ble vurdert på ny av U.S Supreme Court i 1999 i saken Mitchell v. United States. Flertallet opprettholdt det standpunkt som flertallet i Griffin-saken la til grunn.

Forbudet mot at det kan legges vekt på siktedes taushet i bevisvurderingen medfører at verken aktor eller dommer kan kommentere tiltaltes taushet på en måte som er negativ for ham. For aktors del medfører forbudet at han ikke bør kommentere tiltaltes taushet, men for dommeren oppstår spørsmålet om han kan eller skal instruere juryen om at det er uberettiget å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet. U.S Supreme Court har lagt til grunn at tiltalte har en konstitusjonelt beskyttet rett til å kreve at dommeren instruerer juryen om forbudet. Det gjelder samtidig to unntak fra utgangspunktet om at tiltaltes taushet ikke kan brukes mot ham. For det første kan delvis taushet tas i betraktning i vurderingen av hvor troverdig det tiltalte forklarer er. Delvis taushet er i utgangspunktet uberettiget, men trusselen om rettergangsbøte er ikke alltid en tilstrekkelig trussel til å hindre delvis forklaringsnekt. Dommeren kan i slike tilfeller instruere juryen om at tausheten skal tas i betraktning ved vurderingen av siktedes troverdighet. For det andre kan taushet brukes mot siktede dersom han eller forsvareren i sin bevisføring eller argumentasjon forsøker å dra fordel av tausheten.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Griffin v California, U.S Reports 380 s. 609

<sup>51</sup> Griffin v California, U.S Reports 380 se s. 614

<sup>52</sup> Øyen (2010) s. 308.

EMD har i senere dommer<sup>53</sup> sett bort fra mindretallets synspunkt og fastholdt flertallets standpunkt i Murray-saken.

I Beckles mot Storbritannia ble det presisert at den samme regelen også gjelder der siktede forholder seg taus overfor politiet:

*Accordingly, the fact that a trial judge leaves a jury with the option of drawing adverse inference from an accused's silence either, as in the instant case, during police interview or during his trial cannot of itself be considered incompatible with the requirement of a fair trial.*"<sup>54</sup>

Etter dette må det kunne legges til grunn at praksis fra EMD ikke innebærer en modifikasjon av det tradisjonelle norske utgangspunkt om at siktedes taushet kan vektlegges i bevisvurderingen. En kan likevel ikke se bort fra EMDs praksis når det skal tas stilling til hvilken betydning taushet hos siktede kan tillegges i den enkelte sak.

I den ovenfor nevnte Murray-saken ble det rettslige utgangspunktet for vurderingen av siktedes taushet angitt slik av flertallet:

*Whether the drawing of adverse inference from an accused's silence infringes Article 6 (art. 6) is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having particular regard to the situations where inference may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation.*<sup>55</sup>

Vurderingen av om taushet kan brukes mot siktede skal avgjøres etter en konkret helhetsvurdering basert på sakens omstendigheter. Videre fremhevet flertallet følgende som det avgjørende for at en krenkelse ikke forelå:

---

<sup>53</sup> Condrón mot Storbritannia application no. 35718/97, Averill mot Storbritannia application no. 36408/97, Telfner mot Østerrike application no. 33501/96, Beckles mot Storbritannia application no. 44652/98

<sup>54</sup> Beckles mot Storbritannia application no. 44652/98, se avsnitt 57 i dommen.

<sup>55</sup> John Murray v United Kingdom 1996, application no. 18731/91 avsnitt 47

*In the Court's view, having regard to the weight of the evidence against the applicant, as outlined above, the drawing of inferences from his refusal, at arrest, during police questioning and at trial, to provide an explanation for his presence in the house was a matter of common sense and cannot be regarded as unfair or unreasonable in the circumstances.*

EMD synes her å stille krav til at slutningene som trekkes fra siktedes taushet må begrense seg til "common sense"-slutninger. Videre må det vurderes om det er "unfair or unreasonable" å trekke slike "common sense"-slutninger i det konkrete tilfellet. Spørsmålet om det er urettferdig eller urimelig å trekke slike bevismessige slutninger, må som påpekt i Murray-saken avgjøres etter en konkret helhetsvurdering, hvor man blant annet skal se hen til den konteksten som de bevismessige slutninger skal trekkes i og den situasjonen mistenkte befant seg i da han traff sitt valg.<sup>56</sup> I kapittel 7.1 vil jeg gå nærmere inn på spørsmålet om det kan oppstilles et forbud mot bevismessige slutninger der mistenkte på tidspunktet for tausheten satt varetektsfengslet undergitt restriksjoner.

Ved en fellende dom vil de bevis som er vektlagt til støtte for resultatet, og som har vært nødvendig for resultatet, utgjøre domfellelsens bevisgrunnlag. I Murray-saken oppstilte EMD en skranke for hvor stor kvalitativ del av bevisgrunnlaget siktedes taushet kan utgjøre:

*On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself.<sup>57</sup>*

Etter dette kan ikke en domfellelse utelukkende eller hovedsakelig basere seg på siktedes taushet, noe som innebærer at de øvrige bevisene må utgjøre en større del av bevisgrunnlaget.

---

<sup>56</sup> Øyen (2010) s. 289

<sup>57</sup> John Murray mot Storbritannia, application no. 18731/91 avsnitt 47.

### 5.2.2 Praksis fra FNs menneskerettskomité

Det foreligger ingen praksis rundt SP art. 14 nr. 3 bokstav g på dette området, men den vage formuleringen i bokstav g tilsier ikke et generelt forbud mot at retten kan legge vekt på siktedes taushet i bevisvurderingen I rapport om Storbritannia av 27. juli 1995 stilte imidlertid menneskerettskomiteen seg kritisk til de nasjonale reglene om bevismessige slutninger fra taushet.

Det fremgikk bestemmelser om bevismessige slutninger fra taushet i the Criminal Justice and Public Order Act 1994, section 34 – 39.<sup>58</sup> Komiteen uttalte følgende om disse bestemmelsene:

*17. The Committee notes with concern that the provisions of the Criminal Justice and Public Order Act 1994, which extended the legislation originally applicable in Northern Ireland, whereby inference may be drawn from the silence of persons accused of crimes, violates various provisions in article 14 of the Covenant, despite the range of safeguards built into the legislation and the rules enacted thereunder.<sup>59</sup>*

Dette harmonerer dårlig med hva flertallet uttalte i John Murray mot Storbritannia. Flertallet fremholdt her at "established international standards in this arena, while providing for the right to silence and the privilege against self-incrimination, are silent on this point." Denne uttalelsen trekker i retning av at flertallet antok at art. 14 nr. 3 bokstav g ikke oppstiller et generelt forbud mot bevismessige slutninger fra siktedes taushet. Øyen mener at det heller ikke er vanlig at konvensjoner eller statutter for internasjonale domstoler, som oppstiller et vern mot selvinkriminering, eksplisitt fastsetter at bevismessige slutninger fra passivitet er uberettiget. Samlet sett mener Øyen at det derfor må legges til grunn at SP art. 14 nr. 3 bokstav g ikke innebærer større skranker for bevismessige slutninger enn det vernet etter art. 6 nr. 1 gjør.<sup>60</sup> Christian Wiig, derimot går i artikkelen *Rollen som forsvarsadvokat* langt i retning av å forfekte at SP art. 14 nr. 3 bokstav g innebærer en generell skranke mot å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet. Wiig mener at dommere bør akseptere at SP går

---

<sup>58</sup> Øyen (2010) s. 287 og 298 - 299

<sup>59</sup> Rapport av 27. Juli 1995 saksnr. CCPR/C/79/Add. 55.

<sup>60</sup> Øyen (2010) s. 287



foran straffeprosessloven § 93 andre ledd og unnlate å foreholde siktede bestemmelsen i § 93 andre ledd. Wiig uttaler videre at selv om man har fri bevisbedømmelse i Norge, synes SP art. 14 nr. 3 bokstav g å være mest i samsvar med amerikansk rett.<sup>61</sup>

### 5.2.3 Oppsummering og konklusjon

I utgangspunktet tilsier formålet bak bestemmelsen i EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 at retten ikke kan legge vekt på siktedes taushet i bevisvurderingen. Formålet bak bestemmelsene er at siktede ikke skal måtte bidra til sin egen domfellelse. Dersom retten kan basere en fellende dom på siktedes taushet, vil realiteten være at siktede bidrar til sin egen domfellelse. Derimot er EMDs kvalitative begrensning med på å ivareta formålet bak selvinkrimineringsvernet, ved at siktedes taushet ikke kan være det utelukkende eller hovedsakelige bevis.

Det kan synes paradoksalt at siktede på den ene siden har en rett til å forholde seg taus, mens det på den andre siden kan legges vekt på siktedes taushet i bevisvurderingen. Etter mitt syn er det uheldig at bestemmelsen knytter negative konsekvenser til utøvelsen av en grunnleggende menneskerettighet.

Straffeprosessloven § 93 andre ledd er ikke bare betenkelig i et selvinkrimineringsperspektiv fordi den knytter negative konsekvenser til utøvelsen av en grunnleggende menneskerettighet, men også fordi den kan legge et forklaringspress på siktede. Da siktede etter § 93 andre ledd får opplyst om at taushet kan tale mot ham, vil bestemmelsen kunne påvirke siktede i hans valg mellom taushet og tale. Hvem vil vel påberope seg en rettighet som i ettertid kan bli brukt mot ham?

Dersom rettens leder gjør siktede oppmerksom på at sakens øvrige bevis må utgjøre en større del av bevisgrunnlaget, vil forklaringspresset bli mindre. Siktede vil da være klar over at en domfellelse ikke utelukkende eller hovedsakelig kan basere seg på hans taushet, og frykten for å inkriminere seg selv ved å forholde seg taus vil bli mindre. Det fremgår ingen slik opplysningsplikt av EMDs praksis, og § 93 andre ledd vil legge et forklaringspress på siktede.

---

<sup>61</sup> Wiig (2002) s. 97.

Etter mitt syn vil ikke straffeprosessloven § 93 andre ledd være forenlig med siktedes rett til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Derimot må det legges til grunn at praksis fra EMD ikke innebærer en modifikasjon av det tradisjonelle norske utgangspunkt om at taushet hos siktede kan vektlegges i bevisvurderingen. En kan likevel ikke se bort i fra EMDs praksis da norske domstoler ved anvendelse av § 93 andre ledd må respektere EMDs retningslinjer samt den kvalitative begrensningen.

Det kan på bakgrunn av dette konkluderes med at siktedes taushet kan tas i betraktning i bevisvurderingen. Straffeprosessloven § 93 andre ledd er derfor ikke i strid med siktedes rett til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g.

## **6 Straffeloven § 59 annet ledd**

I 2001 vedtok Stortinget straffeloven § 59 andre ledd, som innebærer at retten ”skal” ta en uforbeholden tilståelse i betraktning ved straffutmålingen. Det overlates derimot til rettens skjønn å avgjøre om det skal gis rabatt og hvor stor denne skal være. Det følger av forarbeidene<sup>62</sup> at dommeren skal foreta en konkret helhetsvurdering hvor de viktigste momentene vil være hvilken betydning tilståelsen har hatt for fornærmedes situasjon, og hvor stor prosessøkonomisk gevinst den har medført.

Ordningen med tilståelsesrabatt ivaretar flere hensyn. Først og fremst vil et økt antall tilståelser føre til store prosessøkonomiske besparelser. En tilståelse kan lette politiets etterforskning, og føre til en mindre omfattende behandling i rettsvesenet. Et annet viktig hensyn bak tilståelsesrabatten er at den ofte (særlig i volds- og sedelighetssaker) sparer offeret og fornærmede gjennom en mindre omfattende prosess, samtidig som de slipper den ekstra belastningen som ligger i faren for ikke å bli trodd.<sup>63</sup>

Som nevnt er det opp til rettens skjønn å avgjøre hvor stor rabatten skal være. Dette avhenger av når tilståelsen kommer og hvor viktig det er å få oppklart saken. Normalt ligger reduksjonen mellom 15 % og 30 %.

---

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) s. 39.

<sup>63</sup> RA-2007-3 s. 1.

Det foreligger en lang praksis for at det gis ytterligere fradrag i straffen i tilfeller hvor den siktede har hjulpet politiet med å avdekke andre aktørers rolle eller omfanget av den straffbare virksomhet jf. Rt. 2012 s. 330.<sup>64</sup> Som fremholdt i Rt. 1995 s. 242<sup>65</sup> er det ”for politiet viktig at de siktede motiveres for et samarbeid, samtidig som en reduksjon av straffen overfor den siktede kan være en rimelig kompensasjon for den fare han pådrar seg for hevnaksjoner”. I Rt. 2011 s. 1744 hadde siktede avgitt en uforbeholden tilståelse, samt at hun også umiddelbart etter pågripelsen gav forklaring om hvem som var hennes oppdragsgivere. Forklaringen hadde ikke bare betydning for pådømmelsen av hennes sak, men var også viktig for at andre involverte kunne bli tiltalt og straffet. Det ble her gitt en strafferabatt på 50%.

Når en siktet blir forespeilet redusert straff, vil dette kunne påvirke siktedes valg mellom taushet og tale, og det oppstår et spørsmål om dette er i strid med retten til ikke å forklare seg etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g.

### **6.1 Kan straffeprosessloven § 59 annet ledd disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g?**

Det finnes svært få rettskilder som behandler denne problemstillingen, men en tidligere sak fra Den europeiske menneskerettighetskommisjon har behandlet dette spørsmålet. Forarbeidene til SP kan også være retningsgivende. På bakgrunn av rettskildesituasjonen vil drøftelsen i stor grad bero på egne vurderingen.

#### **6.1.1 Den europeiske menneskerettighetskommisjon og SP.**

EMD har ikke tatt stilling til om bruk av strafferabatt ved tilståelse er forenlig med vernet mot selvinkriminering. I en eldre sak la Den europeiske menneskerettighetskommisjonen til grunn at tilståelsesrabatt i utgangspunktet ikke krenker mistenktes rett til en ”fair [...] hearing” etter EMK art. 6 nr. 1<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Rt. 2012 s. 330, avsnitt 12.

<sup>66</sup> X. Mot Storbritannia application no. 5076/71.

Den europeiske menneskerettighetskommisjonen uttalte følgende om bruken av strafferabatt:

*The Commission, having examined this practice in the context of English criminal procedures and also the other systems among those States Parties to the Convention where a similar practice is found, is satisfied that the practice as such is not inconsistent with the requirements of Article 6 (1) and (2) (Art. 6 - 1, 6 - 2) of the Convention. In arriving at this conclusion, the Commission has had regard to the rules under which the practice operates and in particular to the safeguards which are provided to avoid the possibility of abuse.*

Forut for vedtakelsen av SP art. 14 nr. 3 bokstav g ble det oppstilt et forslag om å la bestemmelsen omfatte forbud mot løfter om belønning, i form av lavere straff eller immunitet ved tilståelse. Disse forslagene ble forkastet. Dette trekker i retning at av SP art. 14 nr. 3 bokstav g neppe forbyr at politiet eller påtalemyndigheten gir slike løfter og oppnår tilståelse.<sup>67</sup>

### 6.1.2 Oppsummering og konklusjon

Den europeiske menneskerettighetskommisjonens uttalelse stemmer godt overens med hva EMD senere har angitt som det sentrale ved vernet, se kapittel 3 ovenfor. Kort sagt er det sentrale i vernet mot selvinkriminering at siktedes vilje til å forholde seg taus skal respekteres. I vurderingen av om siktedes vilje er respektert må en blant annet legge vekt på ” the nature and degree of the compulsion” og ” the existence of any relevant safeguards in the procedures”. Spørsmålet om ordningen med strafferabatt er forenlig med siktedes rett til å forholde seg taus må vurderes ut i fra disse tre retningslinjene. Det avgjørende vil være om rabatten er så stor og lite betryggende at den rent faktisk medfører et så sterkt tilståelsespress at mistenktes valgfrihet blir undergravd.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Jebens (2004) s. 409 og 418

<sup>68</sup> Øyen (2010) s. 181.

I utgangspunktet dreier bestemmelsen om strafferabatt seg om *frivillig* selvinkriminering, som ikke er forbudt. Det er opp til siktede selv å avgjøre om han vil tilstå mot å få redusert straff. En kan likevel si at praktiseringen av tilståelsesrabatt vil innebære et element av tvang, da siktede så godt som alltid ønsker mildest mulig straff. Garde har på en treffende måte uttalt at ”skal man være advocatus diaboli, kunne man sige, at der i bevidstheden om den ventede strengere straf for benægteren ligger et element af tvang til at tilstå for at undgå de værste følger.”<sup>69</sup> Jo lavere rabatten er, jo mindre vil tvangselementet være. Som utgangspunkt ligger tilståelsesrabatten mellom 15% og 30%, noe som etter mitt syn ikke er nok til å legge et forklaringspress på siktede. For at siktede skal føle seg tvunget til å tilstå en forbrytelse må rabatten være så stor at den virker motiverende. Som nevnt ovenfor har Høyesterett akseptert reduksjoner på opp til 50 % . I slike situasjoner kan man si at tvangselementet vil være særlig sterkt. For en skyldig siktet kan dette være et fristende tilbud som han ikke vil avslå.

USA har ratifisert SP. Vernet mot selvinkriminering etter EMK og SP kan ikke sies å være så forskjellige at den ene vil godkjenne avtaler om strafftilsagn, mens den andre vil anse avtaler om strafftilsagn som et brudd på vernet mot selvinkriminering. I USA praktiseres såkalt plea bargaining hvor tiltaltes forsvarer forhandler med påtalemyndigheten om størrelsen på straffen under den forutsetning at tiltalte erklærer seg skyldig i saken. Dersom plea bargaining var i strid med SP art. 14 nr. 3 bokstav g ville nok spørsmålet ha vært behandlet av FNs menneskerettighetskomite. Dette taler for at slike strafftilsagn ikke er i strid med vernet mot selvinkriminering etter EMK og SP.

Mye taler for at bestemmelsen om strafferabatt i straffeloven § 59 andre ledd ikke er i strid med EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Dersom § 59 andre ledd skal være betenkelig i et selvinkrimineringsperspektiv, måtte rabattene ha vært større enn det som nå er praksis. Slik tilståelsesrabatten praktiseres i dag dreier det seg om en frivillig selvinkriminering, og tvangselementet uteblir.

Konklusjonen blir derfor at straffeloven § 59 andre ledd vil være forenlig med siktedes rett til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Dersom det gis ytterligere rabatt etter den ulovfestede praksisen, må man vurdere om rabatten er så stor og

---

<sup>69</sup> Garde TfR 2005 s. 376

lite betryggende gjennomført at den rent faktisk medfører et så sterkt tilståelsespress at siktedes valgfrihet blir undergravd.<sup>70</sup>

## **7 Ytterligere insentiver til ikke å forholde seg taus**

Det foreligger ingen statistikk over hvor mange som benytter seg av retten til å forholde seg taus i Norge i dag, men det er ikke mange siktede som velger å forholde seg taus gjennom hele prosessen. Årsaken til at såpass få siktede benytter seg av denne retten er sammensatt; stor betydning har det nok at siktede personer lett kan føle at taushet kan bli brukt mot dem og at en tilståelse kan gi rabatt, men mange ønsker også å gi retten sin versjon av det som har skjedd. Hittil i oppgaven har jeg tatt for meg spørsmålet om straffeloven § 59 andre ledd, straffeprosessloven § 93 andre ledd og § 446 første ledd bokstav a på noen måte står i strid med EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Jeg skal i dette kapittelet gå nærmere inn på bestemmelsene om politiavhør og dokumentinnsyn.

### **7.1 Reglene om varetektsfengsling**

Reglene om pågrepelse og varetekt fremgår av straffeprosesslovens fjerde del: ”Tvangsmidler”. Vilklårene for varetektsfengsling er som hovedregel de samme som for pågrepelse, jf. straffeprosessloven § 184 annet ledd som henviser til §§ 171, 172 og 173 annet ledd. Pågrepelse foretas i praksis oftest av politiet, og opprettholdes senere ved beslutning av påtalemyndigheten, jf. § 175. Dersom påtalemyndigheten ønsker å beholde den pågrepne, må den snarest mulig og senest den tredje dagen etter pågrepelse fremstille den pågrepne for tingretten med begjæring om fengsling, jf. § 183.

Grunnvilkåret for fengsling er at den mistenkte ”med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”, jf. § 171. I tillegg til fellesvilkåret må et av de fire spesielle vilklårene være oppfylt. Disse er unndragelsesfare, bevisforspillelsesfare, gjentakelsesfare og egen begjæring.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Øyen (2010) s. 181.

<sup>71</sup> Andenæs ved Myhrer (2009) s. 283,

Bevisforspillelsesfare foreligger når det er ”nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken”. Loven nevner som eksempler på slik bevisforspillelse fjerning av spor eller påvirkning av vitner eller medskyldige, og dette er nok det mest praktiske.

Så lenge siktede ikke har forklart seg er det fare for at siktede dersom han slipper fri enten vil forspille bevis, eller samordne forklaringen med vitner eller andre medsiktede for deretter å gi en forklaring som kan bli vanskelig for påtalemyndigheten å motbevise. Som følge av dette vil varetekt på grunnlag av bevisforspillelsesfare kunne foreligge helt frem til siktede har kommet med en forklaring.

En varetektsfengsling er en belastning for siktede, og som oftest er dette en opplevelse han helst ville vært foruten. Gjennom å bidra til sakens opplysning, især gjennom en forklaring som politiet anser som sannferdig, kan siktede bidra til å fjerne grunnlaget for varetektsfengslingen<sup>72</sup>. Redselen for å bli varetektsfengslet på bakgrunn av bevisforspillelse, kan derfor bidra til at siktede ønsker å komme med en forklaring. Bestemmelsene om varetektsfengsling kan derfor legge et forklaringspress på siktede.

Likeledes kan siktede settes i hel eller delvis isolasjon etter straffeprosessloven §§ 186 og 186a. Formålet bak isolasjon er at siktede skal hindres fra å ødelegge bevis. Antagelsen er at bevisforspillelse kan skje ved trusler eller beskjeder til andre medskyldige på innsiden av fengselets murer. En isolasjon kan være særlig belastende for siktede; som eksempel kan nevnes at det ble uttalt av en av de siktede i den mye omtalte NOKAS-saken at han ikke ønsket utlevering til Norge fra Spania fordi han ikke ville utsette seg for tortur i form av fullstendig isolasjon i norske fengsler.<sup>73</sup> Det skal heller ikke være uvanlig at innsatte blir innlagt på sykehus som følge av belastningen varetekten medfører.<sup>74</sup> Hvis isolasjon for noen siktede oppleves som så belastende, kan en stille seg spørsmålet om det da ikke er påført med den hensikt å fremskaffe en tilståelse eller forklaring.

Svaret på dette spørsmålet burde vært nei, for fengsling på bakgrunn av forklaringsnekt ble

---

<http://www.hestenesdramer.no/index.php?page=alias-2>

<sup>72</sup> Øyen (2010) s. 211.

<sup>73</sup> [www.dagbladet.no](http://www.dagbladet.no) 13.4.2005

<sup>74</sup> Dagbladet 10. august 1999.

avskaffet i 1866 ved opphevelsen av reskriptet fra 1795. Verken i straffeprosessloven eller i lovgivningen for øvrig er det hjemmel for å ilegge mistenkte en rettslig sanksjon der han som siktet ikke ønsker å bidra til sakens opplysning. Det følger av Riksadvokatens rundskriv om bruk av varetekt, at varetektsfengsling og politiarrest ikke må brukes som et redskap for å få siktede til å forklare seg.<sup>75</sup> Dersom siktede blir forespeilet at han vil bli fengslet fordi han nekter å avgi forklaring, foreligger det et klart brudd på forbudet mot å gi siktede uriktige opplysninger. Derimot vil politiet kunne informere siktede om at grunnlaget for fortsatt varetektsfengsling kan falle bort dersom han kommer med en tilståelse. Dette vil ikke være et løfte jf. straffeprosessloven § 92 andre ledd.<sup>76</sup> Antakelig må politiet også kunne informere siktede om at manglende samarbeidsvilje er et relevant moment i rettens vurdering av om vilkårene for varetektsfengsling foreligger.<sup>77</sup> Slik informasjon kan lett oppfattes som et pressmiddel; en trussel om negative sanksjoner såfremt siktede ikke samarbeider.<sup>78</sup>

Den europeiske torturovervåkingsskomite (CPT) har gjentatte ganger fremmet kritikk mot norsk regelverk og praksis knyttet til bruk av isolasjon i varetektsfengsel. CPT peker på faren for at isolasjonsinstituttet kan bli misbrukt som pressmiddel for å få den siktede til å samarbeide med politiet.<sup>79</sup> Til tross for at Norge en rekke ganger har blitt kritisert for regelverket og praksisen rundt isolasjon, forekommer det fremdeles i stor grad. Professor Rod Morgan har i *Kritisk Juss* uttalt at norske myndigheter tydeligvis er klar over at isolasjon er en stor belastning for den fengslede, og *"what they are in effect doing is allowing the police to use control orders in order to exert moderate psychological pressure on suspects for the purposes to eliciting confessions or gaining intelligence"*.<sup>80</sup>

Det kan selvsagt hevdes at varetektsfengsling som legger et aktivitetspress på siktede i mange tilfeller fremmer en viktig samfunnsoppgave ved at forbrytelser lettere blir oppklart, og at hensynet til økonomi og effektivitet blir ivaretatt. Men dersom myndighetene tillater at

---

<sup>75</sup> RA 2006-4.

<sup>76</sup> Kjelby, *Kritisk Juss*, 1996 s. 241.

<sup>77</sup> Kjelby, *Kritisk Juss*, 1996 s. 241, Rt. 1995 s. 729.

<sup>78</sup> Kjelby, *Kritisk Juss*, 1996 s. 241.

<sup>79</sup> [http://www.jus.uio.no/english/research/areas/intrel/documents/Menneskerettigheter\\_og\\_varetektsfengsling.pdf](http://www.jus.uio.no/english/research/areas/intrel/documents/Menneskerettigheter_og_varetektsfengsling.pdf).

<sup>80</sup> Rod Morgan, *Kritisk Juss* 1999 nr. 3 s. 204.



fengsling blir brukt for å få siktede til å tilstå, eller avgi en forklaring, vil denne type arrestform på mange måter bety en gjeninnføring av en fengslingsgrunn som for lengst er avskaffet.<sup>81</sup> Slik varetektsfengsling fremstår i dag er den en stor belastning for siktede, dette kan virke avskrekkende og bidra til at siktede ikke ønsker å benytte seg av retten til å forholde seg taus. Etter dette kan man derfor hevde at reglene om varetektsfengsling fremstår som en insentiv til ikke å forholde seg taus.

En kan derfor spørre seg om praksisen rundt varetektsfengsling slik den utøves i Norge, er forenlig med siktedes rett til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Det essensielle i vernet mot selvinkriminering er som nevnt å respektere siktedes vilje til å forholde seg taus. I *Allan mot Storbritannia*<sup>82</sup> var et av momentene som skulle vektlegges i en krenkelsesvurdering "the degree of the compulsion used to obtain the evidence". I situasjoner hvor siktede blir ilagt fullstendig isolasjon og ikke får ha kontakt med omverdenen, er det mye som tyder på at siktedes vilje til å forholde seg taus ikke lenger blir respektert. En kan spørre seg om siktede gjennom slike restriksjoner blir tvunget til å tilstå eller til å avgi en forklaring.

Et annet spørsmål som her kan drøftes er om det kan oppstilles et forbud mot bevismessige slutninger der mistenkte på tidspunktet for tausheten satt varetektsfengslet med restriksjoner.

Som nevnt ovenfor under kapittel fem påpekte flertallet i storkammersaken *John Murray mot Storbritannia*<sup>83</sup> at rettmessigheten av bevismessige slutninger fra siktedes taushet måtte bedømmes "in the light of all the circumstances of the case" og tvangsmomentet var her sentralt. Graden av forklaringspress vil altså være et sentralt moment i vurderingen av om bevismessige slutninger er "unfair" eller "unreasonable" og derved i strid med art. 6 nr. 1.<sup>84</sup>

Momentet "the degree of compulsion inherent in the situation" vil et stykke på vei kunne sies å være begrunnet i ønsket om å beskytte mistenkte mot et aktivitetspress som kan medføre en risiko for selvinkriminering på uriktig grunnlag. På bakgrunn av den betydelige belastningen

---

<sup>81</sup> Fengsling på bakgrunn av siktedes taushet ble avvirket i 1866.

<sup>82</sup> *Allan mot Storbritannia*, application no. 48539/99.

<sup>83</sup> *John Murray mot Storbritannia*, application no. 18731/91.

<sup>84</sup> Øyen (2010) s. 335-336.

for siktede en varetektsfengsling med restriksjoner er, må det kunne sies at en slik varetekt medfører en risiko for at siktede kan avgi falsk forklaring for å komme ut av en vanskelig situasjon. Dette taler mot at det kan legges vekt på siktedes taushet mens han satt varetektsfengslet med restriksjoner

EMD har i saken *Condron mot Storbritannia*<sup>85</sup> kommet frem til at det som utgangspunkt kan legges vekt på siktedes taushet mens han befant seg i politiets varetekt. Den omstendighet at siktede befant seg i varetekt er derimot et relevant moment i den helhetsvurderingen som skal foretas:

*Accordingly, the fact that the applicants' exercised their right to silence at the police station is relevant to the determination of the fairness issue. However, that fact does not of itself preclude the drawing of an adverse inference.*

I saken *Averill mot Storbritannia*<sup>86</sup> ble siktede forsøkt avhørt i seks dager. Det fremgår ikke av dommen om siktede var undergitt isolasjon, men mye tyder på dette da han de første 24 timene ble nektet tilgang på advokat, og deretter nektet bistand fra advokat under avhørene. EMD kom her frem til at den situasjon som siktede befant seg i, ikke innebar et forklaringspress og det kunne derfor legges vekt på siktedes taushet mens han satt i varetekt.

Condron-saken og Averill-saken tilsier at bevismessige slutninger ikke er uberettiget alene fordi mistenkte forholdt seg taus mens han satt fengslet undergitt strenge restriksjoner.

## **7.2 Reglene om dokumentinnsyn**

Utgangspunktet etter straffeprosessloven § 242 første ledd første punktum er at mistenkte på etterforskningsstadiet har rett til innsyn i samtlige dokumenter i saken. Retten til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter er en viktig prosessuell rettighet som utgjør en del av det kontradiktoriske prinsipp, som igjen er et viktig middel til å skape en prosessordning som ivaretar rettssikkerheten og er tillitsvekkende. Retten til dokumentinnsyn vil ha størst

---

<sup>85</sup> *Condron mot Storbritannia*, application no. 35718/97, avsnitt 57.

<sup>86</sup> *Averill mot Storbritannia*, application no. 36408/97.

betydning for siktede, da det gir han en detaljert oversikt over hva anklagen gjelder og hva den er basert på. Dette gir siktede en mulighet til å avkrefte mistanken eller forberede sitt forsvar.<sup>87</sup> Bestemmelsen gjelder derimot ikke uten unntak, og innsyn ”kan” nektes ”såfremt” det kan medføre ”skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann”. I Rt. 2003 s. 877 ble det lagt til grunn at hvorvidt det er grunnlag for å nekte innsyn, skal bero på en bred vurdering<sup>88</sup>. Det fremgår av Rt. 2004 s. 1308 at det er tilstrekkelig at det foreligger bevisforspillelsesfare, og sannsynlighetsovervekt kreves ikke.

Dersom mistenkte ikke ønsker å forklare seg i politiavhør og han gis innsyn i sakens dokumenter, vil det foreligge en mulighet for at han kan tilpasse en eventuell senere forklaring til sakens øvrige opplysninger. En slik tilpasning av forklaringen vil være en relevant ”skade eller fare for etterforskningens øyemed”. At siktede forholder seg taus gir ikke grunnlag for å nekte dokumentinnsyn; det må foretas en helhetsvurdering hvor det blant annet legges vekt på hvor stor risikoen er for at mistenkte vil tilpasse en eventuell senere forklaring, hvilken skade for etterforskningen en eventuell tilpasning vil medføre, hvor alvorlig saken er, hvor sterkt mistenktes mulighet til å forsvare seg rammes av manglende innsyn, og om mistenkte på det aktuelle tidspunktet har et særlig behov for å forsvare seg, typisk fordi han begjæres varetektsfengslet.<sup>89</sup>

EMK art. 6 nr. 1 fastsetter at siktede har krav på en ”fair [...] hearing”, og nr. 3 bokstav b presiserer at siktede skal ha ”adequate time and facilities” til å forberede sitt forsvar. EMD har tolket bestemmelsene slik at siktede har rett på innsyn i sakens dokumenter. Det er imidlertid usikkert om rettigheten gjelder på etterforskningsstadiet, og EMD har ikke tatt stilling til om det vil være grunnlag for å nekte siktede innsyn på grunn av bevisforspillelsesfare.<sup>90</sup>

Konsekvensen av at siktede velger å forholde seg taus, kan være at han nektes tilgang til sakens dokumenter. Dette er uheldig for mistenkte som da ikke får tilstrekkelig muligheter til å forberede sitt forsvar. Det kan derfor hevdes at nektelse av dokumentinnsyn kan påvirke

---

<sup>87</sup> Andenæs ved Myhrer (2009) s. 267.

<sup>88</sup> Rt. 2003 s. 877 avsnitt 28-33.

<sup>89</sup> Øyen (2010) s. 176.

<sup>90</sup> Øyen (2010) s. 177.

mistenkte i valget mellom taushet og tale. I de tilfeller hvor mistenkte ikke ønsker å forklare seg og innsyn nektes, kan bestemmelsen oppfattes som et insentiv til ikke å forholde seg taus.

## **8 Oppsummering og avsluttende bemerkninger**

Formålet med denne oppgaven har vært å finne ut om de oppstilte insentiver til ikke å forholde seg taus i straffeloven 59 andre ledd, straffeprosessloven §§ 93 andre ledd og 446 første ledd bokstav a, samt reglene om varetekt og dokumentinnsyn kan disponere for brudd på EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g. EMD har i en rekke saker tatt stilling til om siktedes taushet kan vektlegges i bevisvurderingen jf. § 93 andre ledd, men for de øvrige bestemmelsene er ikke problemstillingen fullt ut klarlagt i teori og praksis.

Etter drøftelsen av om straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a kunne disponere for brudd på EMK og SP konkluderte jeg med at dette var tilfellet. Konklusjonens begrunnelse er at § 446 første ledd bokstav a etter mitt syn kan legge et betenkelig aktivitetspress på siktede, samt at bestemmelsen knytter negative konsekvenser til utøvelsen av en grunnleggende menneskerettighet. For straffeprosessloven § 93 andre ledd kom jeg frem til motsatt konklusjon. Grunnen til dette er at praksis fra EMD viser at det kan legges vekt på siktedes taushet i bevisvurderingen så fremt de oppstilte retningslinjer overholdes. Det oppstilles også en kvalitativ begrensning ved at en domfellelse ikke utelukkende eller hovedsakelig kan basere seg på siktedes taushet. Til slutt konkluderte jeg med at bestemmelsen om tilståelsesrabatt i straffeloven § 59 andre ledd ikke er i strid med retten til å forholde seg taus etter EMK og SP. Bakgrunnen for dette er at strafferabatten slik den praktiseres i dag ikke er stor nok til å medføre et så sterkt tilståelsespress at siktedes rett til å forholde seg taus blir undergravd. Gis det derimot ytterligere rabatt etter den ulovfestede praksisen, vil dette kunne medføre et aktivitetspress som er i strid med retten til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr.3 bokstav g.

Reglene om varetektsfengsling legger et forklaringspress på siktede ved at vilkårene for fengsling kan opphøre dersom siktede kommer med en forklaring. Bestemmelsen om dokumentinnsyn kan legge et press på siktede ved at han som følge av bevisforspillelsesfare kan nektes innsyn før det foreligger en forklaring.

I oppgaven har jeg vurdert hver bestemmelse isolert, men dersom det foretas en konkret helhetsvurdering hvor man ser hen til alle bestemmelsene, kan man stille seg spørsmålet om hele systemet tatt i betraktning er forenelig med retten til å forholde seg taus etter EMK og SP.

Som eksempelet innledningsvis illustrerer, blir en siktet person på forskjellige stadier av prosessen, gjentatte ganger utsatt for et forklaringspress. Dersom man kumulerer de ulike tilfellene hvor siktede blir utsatt for et slikt press, vil dette samlet utgjøre et tvangselement som innebærer at siktedes vilje til å forholde seg taus ikke blir respektert. Dette er etter mitt skjønn ikke forenlig med selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g.

Slik systemet fungerer i dag kan en forklaring byttes mot en redusert straff eller innsyn i dokumenter. I enkelte situasjoner kan det derfor synes som om taushetsretten har fått mer preg av å være kapital i en forhandlingssituasjon enn en rettssikkerhetsgaranti, jf. bl.a. avtalen Anders Behring Breiviks inngikk på kvelden 22. juli om at han skulle få PC på cellen.

Det er i samfunnets interesse at flest mulig kriminalsaker oppklares og at hensynet til økonomi og effektivitet blir ivaretatt, men går dette systemet av insentiver til å la seg avhøre for langt, kan det spørres om retten til taushet uthules.

## 9 Litteraturliste

### Lover

1902 Almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21 mai nr. 30

### Konvensjoner

1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av. 4 november 1950

1966 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966

### Litteratur

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer. Oslo 2008

Fliflet, Arne. *Kongeriket Norges Grunnlov. Grunnloven med kommentarer*. Oslo 2005

Garde, Peter. *Anm. Av Sverre Erik Jebens: Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2005

Garde, Peter og Strandbakken, Asbjørn. *Betydningen av siktedes taushet i anledning erstatning for strafforfølgning*. Dokumentet er en artikkel i Nybrott og odling: festskrift til Nils Nygaard på 70 årsdagen, 3. april 2002

Gursli, Ronny Alver. *Selvinkriminering: Siktedes rett til å nekte å forklare seg*. Masteroppgave i rettsvitenskap. Universitetet i Oslo, 2005

Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo 2004

Keiserud, Erik, Bjerke, Hans Kristian, og Sæther, Knut Erik. *Straffeprosessloven: lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer med kommentarer*. Bind 2. 4. utg. Oslo 2011.

Morgan, Rod. *Moderate psychological pressure, the scandinavian way*. Kritisk Juss 1999 (26) nr. 3.

Robberstad, Anne. *Mellom tvekamp og inkvisisjon: straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*. Oslo 1999

Rui, Jon Petter. *Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke og måtte bidra til egen domfellelse*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 01/2009

Strandbakken, Asbjørn. *Grunnloven § 96*. Jussens Venner 2004 s. 166-215.

Trechsel, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford/New York 2005

Uggerud, Ken. *Erstatning etter strafforfølgelse*. Oslo 1998

Wiig, Christian. *Rollen som forsvarsadvokat*. Dokumentet er en artikkel i boken å være advokat av Knudtzon, Sigurd og Omsted, Wilhelm. Oslo 2002

Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*. Bergen 2010

### Websider

[www.fn.no](http://www.fn.no)

[www.dagbladet.no](http://www.dagbladet.no)

[www.jus.uio.no](http://www.jus.uio.no)

<http://www.hestenesdramer.no/index.php?page=alias-2>

## Høyesterettspraksis

Rt 1995 side 242

Rt 1995 side 729

Rt. 2003 side 877

Rt. 2004 side 1308

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2008 side 1764

Rt. 2011 side 1744

Rt 2012 side 330

## EMD

Funke mot Frankrike; dom av 25. Februar 1993, application no. 10828/85

John Murray mot Storbritannia; dom av 8. februar 1996, application no. 18731/91

Saunders mot Storbritannia; dom av 17. desember 1996, application no. 19187/91

Allan mot Storbritannia; dom av 5. november 2002, application no. 48539/99

Condron mot Storbritannia; dom av 2. mai 2000, application no. 35718/97

Averill mot storbritannia; dom av 6. juni 2000, application no. 36408/97

Telfner mot Østerrike; dom av 20. mars 2001, application no. 33501/96

Beckles mot Storbritannia; dom av 8. oktober 2002, application no. 44652/98

## Kommisjonen

Fashanu mot Storbritannia ; avgjørelse av 1. juli 1998, application no. 38440/97

X mot Storbritannia; avgjørelse av 23. mars 1972, application no. 5076/71



### Rapporter fra FNs menneskerettighetskomitè

Rapport av 27. juli 1995 saksnr. CCPR/C/79/Add. 55

USA – U.S. Supreme Court:

Griffin v. California (1965); U.S Reports 380 s. 609

Mitchell v. United States (1999); U.S. Reports 526 s. 314

### Forarbeider

Ot.prp. nr. 13 (1865) Om Forandringer i Behandlingen af Strafsager

Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.)

Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter strafforfølgning)

Innst. O. nr. 21 (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter strafforfølgning)

Dokument nr. 1 (1857) Udkast til Lov om Rettergang i Strafsager

### Riksadvokatens rundskriv

Riksadvokatens rundskriv av 7. mai 2007 (RA-2007-3)

Riksadvokatens rundskriv av 29. desember 2006 (RA-2006-4)